

Amicus Curiae

“CASO OLIVERA FUENTES VS. PERÚ”

Presentado por

Seminario de Derechos Humanos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,
Universidad Nacional del Comahue.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Organización de Estados Americanos

San José de Costa Rica

Juezas y Jueces

El Seminario de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue, con sede en General Roca, provincia de Río Negro de la República Argentina, presenta este escrito en el seguimiento del caso Olvera Fuentes c. Perú en calidad de amicus curiae conforme lo establecido en el Art. 44.3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Elaboraron este texto docentes y estudiantes del Seminario de Derechos Humanos que, en el marco del estudio sobre el sistema interamericano de derechos humanos durante el año 2022, conformaron un espacio de reflexión, debate y acción jurídica. Surgió así el interés de hacer aportes sobre un caso que nos conmovió por el grado de discriminación que sufrió una pareja en el país hermano de Perú.

De forma respetuosa, acercamos nuestra contribución sobre el análisis de los hechos ocurridos y en la conclusión, realizaremos propuestas concretas para su consideración.

I. BREVE INTRODUCCIÓN

El Sr. Olivera y su pareja, otro varón, se encontraron leyendo poemas, sin realizar ningún tipo de contacto físico que trascienda lo habitual en los ámbitos públicos, en

un determinado comercio, cuando el personal de seguridad del mismo les solicitó que cesaran sus expresiones afectivas. Argumentaron entonces que un cliente que se encontraba con su hija menor de edad se había quejado. Posteriormente, se les reiteró el pedido de modificar su conducta en forma insistente. También les indicaron que en caso de no cambiar de comportamiento, debían abandonar el lugar.

Se pudo comprobar días después en otro supermercado de la misma compañía, una pareja heterosexual realizó conductas afectivas con el fin de visibilizar la discriminación, y no recibieron ningún tipo de llamado de atención. Esta experiencia fue grabada en un video de circulación pública. Cabe aclarar que este último caso, arbitrariamente, no fue tomado como prueba por haber sucedido unos días después.

En lo relativo a cuestiones género y especialmente de discriminación por elección sexual, el sistema interamericano de Derechos humanos emitió estándares relevantes en torno al abordaje de esta temática que no deben desconocerse.

También valoramos distintos dispositivos que fueron útiles para avanzar en la cultura de los derechos humanos desde nuestros estudios, conocimientos y experiencias que analizamos en la conclusión..

II. HETERONORMATIVIDAD

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe “Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América” y en la Opinión Consultiva N°24 interpuesta por el Estado de Costa Rica, critica la persistencia de un sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, donde se reafirma que sólo los vínculos sexo-afectivos entre hombres y mujeres son considerados “normales, naturales e ideales” y se los prefiere por sobre otras relaciones y expresiones.

Las imposiciones de la heteronormatividad se ven reflejadas en la postura del Estado peruano, donde se pretende obligar a actuar al Sr. Olivera Fuentes conforme a patrones heterosexuales dominantes que aún encuentran respaldo en normas jurídicas, mandatos sociales y culturales, reproduciendo el estigma y discriminación sobre las relaciones y proyectos de vida que se apartan del modelo “ideal” de relaciones heterosexuales y binarias.

Siguiendo a Judith Butler, podemos decir que la heteronormatividad es lo que nos lleva a pensar dentro de la lógica del binarismo del género. Es decir, que solo existen dos géneros (masculino y femenino), que se organizan solamente en base a dos opciones opuestas y complementarias, sujeta por ende al modelo heteronormativo que rige la sociedad. Este modelo impone solo dos opciones a los cuerpos: ser mujeres o hombres, comportarse femenina o masculinamente, respectivamente, y desear solo al sexo opuesto. Quienes no se conforman con este modelo se consideran “anormales” y así se perpetúa la homofobia y la transfobia.

Butler desarrolla la teoría de performatividad del género en su obra “Género en disputa”, publicado en 1990. Procura deconstruir el concepto de un sujeto universal, esencialista, propio de la concepción moderna europea. La elección de una orientación sexual como la expresión de género, son el resultado de una construcción y producción social, histórica y cultural. No existe tal o cual naturaleza sexual o rol sexual a cumplir, sino que el poder del discurso reiterativo, actúa como un discurso creador de realidades socio – culturales. Tanto la sexualidad hegemónica como la transgresora se construyen a partir de la repetición ritualizada y por una exigencia constante o reglas impuestas que provienen del entorno. (ACOSTA, Carlos Andres Duque. “Judith Butler y la teoría de la performatividad de género”. *Revista de educación y pensamiento*, 2010, no 17, p. 87-88.)

No se obedece entonces a la naturaleza que supuestamente se desprende del binarismo hombre/mujer, sino que en la performance de género se produce la ilusión retroactiva de que existe un núcleo interno del mismo.

La sociedad reproduce y difunde la ideología heteronormativa e intenta regular los usos del cuerpo y la forma de expresar la sexualidad de los homosexuales. Lo que lleva a construir el denominado “closet” que intenta corregir o mantener en secreto la manifestación pública de la homosexualidad. El poder judicial del Perú reafirma estas regulaciones

III. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Contradice abiertamente el artículo 1.1 de la Convención Americana, que establece: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. No es un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Al interpretar la expresión "cualquier otra condición social" debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano (Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239). Asimismo la OEA, ha aprobado desde 2008 cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios

La gravedad de incurrir en discriminación es que afecta el orden público internacional, el principio del ius cogens.

El Estado peruano, en consonancia con el principio "Pacta sunt servanda" establecido en la Convención de Viena sobre el “Derecho de los tratados”, está obligado a cumplir con los tratados que celebró y ratificó y debe cumplirlo de buena fe.

Debe respetar los derechos y libertades de las personas sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, como la orientación sexual, siguiendo las palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Atala Riffo y niñas c/ Chile”

La Corte mediante una interpretación evolutiva y bajo el principio pro personae llegó a la conclusión de que cuestiones vinculadas al género debía incorporarse como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención, bajo el término “otra condición social”. Por lo que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno,

sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguna, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

Debe respetar la Declaración Universal de Derechos Humanos que instituye en el Art. 1 que: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos" y a continuación determina que: "deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". En su Art. 2 consagra la no discriminación, estableciendo que "toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción de ningún tipo".

Del mismo modo, debe respetar diversos tratados: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 2.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 2.2), la Convención Internacional sobre Derechos del Niño (Art. 2), la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Art. 1), entre otros.

También la legislación peruana incorpora, a partir de la ley 27.270, el artículo 323 en el Código Penal Peruano que prohíbe la discriminación. Establece que, "El que discrimina a otra persona o grupo de personas, por su diferencia racial, étnica, religiosa o sexual, será reprimido con prestación de servicios a la comunidad de treinta a sesenta jornadas o limitación de días libres de veinte a sesenta jornadas"

¿Hay situaciones de excepciones justificables? El artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece derechos que de ninguna manera pueden ser suspendidos. Solo es posible la limitación de algunos, en la medida que la Convención Americana lo autorice y siempre que cumpla las condiciones estipuladas. Pero un principio que rige el sistema jurídico de derechos humanos tanto en el orden interamericano como en el orden universal, es el principio de no discriminación. Cuando se procura restringir, eliminar o afectar a determinado grupo, entonces estamos ante una discriminación negativa inaceptable.

Si se lograra que determinadas manifestaciones solo fueran válidas en el ámbito más íntimo, en realidad se estaría cometiendo distinciones y ritualidades que reivindicarían una concepción heteronormativa.

El sistema jurídico debe evitar distinciones normativas que se funden en prejuicios o roles estereotipados o en causas injustificadas.

IV. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Podemos analizar si esas manifestaciones de cariño/caricias afectan los derechos de la comunidad o el interés superior del niño. A primera vista, no lo afectan, independientemente de si se trata de una pareja homosexual o no. Un gesto de cariño no afecta ningún derecho ni libertad ni bien jurídico. No produce ningún daño.

Esta sugerencia nos pone al borde de retomar distinciones de lo público / privado que vinculan la fachada pública con lo masculino, heterosexual y racional y lo privado con el ocultamiento de todo acto femenino, de sensibilidad, de sexualidad. La vida privada reducida a un hecho pecaminoso e indigno. Esta visión surge de prejuicios que permiten instaurar estigmas, clasificaciones, jerarquías y reglas propias de una sociedad heteronormativa. Si se acepta este criterio, se legitimará actos discriminatorios y estigmatizantes.

El interés superior del niño es un principio superior. Pero no puede utilizarse para justificar la discriminación. (Corte IDH, sentencia de 24 de febrero de 2012, Atala Riffo y Niñas c/ Chile, pár. 110)

Cuando se parte de la premisa de que los padres o educadores deben mostrar únicamente ese mundo heterosexual y racional, silencian y engañan respecto al mundo existente. Si bien son los padres/madres, tutores o personas encargadas legalmente del niño quien debe impartir la dirección y orientación apropiada para que ejerza y conozca sus derechos y se desarrolle plenamente, no debe limitarse su capacidad de observación. No deben mostrar una realidad sesgada que oculta la existencia de otras formas de relacionarse. A nuestro entender, vemos una afectación al principio del interés superior del niño por parte del Estado de Perú según un análisis sistémico y dinámico de los artículos 12, 13 y 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño.. Porque esa posición soslayada, es ideológica y cercenadora de derechos y libertades del niño.. No deja de ignorar el derecho a aprender, a ser oído, a emitir opinión libremente y que sea tomada en cuenta de forma debida.

No debemos imponerles ni fomentar un pensamiento binario y heteronormado como única alternativa aprobada y correcta porque lesiona su capacidad de libre desarrollo de la personalidad y su libre expresión.

V. LESIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES

“El Tribunal constata que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.” (Corte IDH, sentencia de 24 de febrero de 2012, *Atala Riffo y Niñas c/ Chile*, pár. 120)

La atracción emocional, afectiva o sexual hacia personas del mismo sexo o de un sexo diferente, son cuestiones inherentes y fundamentales de la vida privada de cada persona. Estas elecciones pertenecen a su esfera de intimidad. Un espacio que ni el Estado ni nadie puede invadir sin lesionar la capacidad de desarrollo de la libre personalidad, el derecho a determinar la propia identidad y su dignidad. Porque forma parte de su libertad y autonomía personal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido, en el mismo caso, que “la vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a lo demás.” (Corte IDH, sentencia de 24 de febrero de 2012, *Atala Riffo y Niñas c/ Chile*, pár. 135; sentencia de 30 de agosto de 2010, *Fernández Ortega y otros c/ México*, pár. 129; sentencia del 31 de agosto de 2010, “*Rosendo Pandú y otra c/ México*”, pár. 119)

Lo privado no es el mundo de lo oculto y lo oscuro. Lo privado son elecciones que nos definen como ser humano único y distintivo, donde no caben las normas

impuestas mediante reiteraciones o mediante acciones discriminatorias..

Tras esa relación de las elecciones sexuales con lo “malo”, lo “negativo”, pareciera que hay una intencionalidad de excluir o restringir las expresiones o manifestaciones de este tipo, o ejercer alguna forma de dominio o control sobre aspectos íntimos de las personas, como son los sentimientos y emociones, se menoscaba o cercena derechos y libertades, se afecta gravemente el derecho a la identidad y a la dignidad y se impide la igualdad de trato.

El Estado, según el sistema interamericano de derechos humanos, debe proteger el derecho de las personas y en particular de los niños, de expresarse libremente. Cuando se expresa un sentimiento o emoción, también se comunica una forma de relacionarse con el prójimo. La comunicación no necesariamente es verbal, puede efectivizarse a través de gestos, de acciones o de miradas. Toda esa forma de vínculo que se admite entre parejas heterosexuales, no hay motivo para no admitirlas en caso de parejas homosexuales.

El derecho a esa libertad de expresión está indisolublemente vinculado al derecho de difusión. Es decir que no se puede limitar la circulación de manifestaciones a aquéllas que para el Estado o para cierta opinión pública sean “aceptables”. Hay que respetar las diversas y múltiples formas de parejas posibles sin inventar límites que generan discriminaciones y estigmatizaciones.

Las formas prohibitivas no siempre son transparentes. Por eso, el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos prohíbe restricciones a la libertad de expresión que puedan realizarse por vías o medios indirectos. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión sostuvo sobre las medidas indirectas que sus posibles “efectos generan un impacto adverso en la libre circulación de ideas que con frecuencia es poco investigado y, por ende, más difícil de descubrir” (Informe Anual 2004 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/ Ser.L/V/ II.122 Doc. 5 rev. 1, 23 de febrero de 2005, cáp. V, párrafo 9, disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/indice.htm> (última visita octubre de 2008). Pero esto no significa que sea legítimo, ni legal, ni que por ser indirecto esté libre de causar daños.

En el Caso Canese contra Paraguay , la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que Las sanciones penales como consecuencia de determinadas expresiones podrían ser consideradas en algunos casos como métodos indirectos de restricción a la libertad de expresión. El efecto inhibitor de la sanción penal puede generar autocensura en quien quiere manifestarse, lo cual produce prácticamente el mismo efecto que la censura directa: “la expresión no circula”. (Corte IDH, Caso Canese c. Paraguay, supra nota 50, párrafo 72(g)). Es decir que justamente lo que causa daños, lo que debe intentar evitar es esa auto censura que conduce a que determinadas expresiones solo puedan tener un alcance delimitado y circunscripto a un determinado ámbito privado.

Los seres humanos somos seres íntegros. El feminismo a la modernidad europea, entendiendo que la persona no debe reducirse a la razón. Esta fragmentación produce daño de diversas maneras y oculta las emociones y sentimientos.

Lo masculino como lo abstracto, racional, teórico, distante emocionalmente, analítico, deductivo, cuantitativo, atomista, conduce hacia la dominación y la violencia. Las posiciones del poder político y económico se caracterizan por la distancia y el control. (Blazquez Graf, Norma, (2012), “Epistemología feminista: Temas centrales”, en “Investigación feminista: Epistemología, Metodologías y Representaciones sociales”. / Norma Blazquez Graf, Fátima Flores Palacios, Maribel Ríos Everardo, coordinadoras. – México : UNAM, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades : Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias : Facultad de Psicología, México, pág. 31)

Desde el mundo patriarcal, la persona debe actuar racionalmente Pero Freud, hace mucho tiempo descubrió y reconoció la importancia del inconsciente, esa instancia en la que habitan las pulsiones. Los deseos son impulsos psíquicos que tienden a satisfacer necesidades vitales. Por ende, son inevitables, son parte constitutiva de todo ser humano. Su represión no implica su eliminación. Esas pulsiones seguirán expresándose aunque no puedan expresarse de modo racional o simbólico. (Freud (tr. 2005), Obras completas, Tomo II, XC, La represión (1915), Edit El Ateneo, Buenos Aires, Argentina)

En el inconsciente, se encuentran todos aquellos recuerdos que no son accesibles conscientemente. Pero de alguna manera, en diversas ocasiones, se revela al plano consciente. Carlos Jung opinaba que el inconsciente se manifiesta en los sueños, en los símbolos, en los arquetipos. Para Freud, se manifiestan por medio de la conducta motivada y sólo en forma accidental, a través de lapsus verbales. Pero siempre comunicamos sentimientos y emociones y en esto acuerdan los psicoanalistas, aún cuando nos resulta confusa esa emotividad. Son un motor de nuestras vidas, de nuestras relaciones. Allí nos reconocemos y nos construimos. Un análisis teórico puede desligar esa unidad que somos, circunscripto a razones pedagógicas. En conclusión expresamos siempre lo que sentimos y no podemos negarlo ni exigir que se eliminen o restrinjan. Esa actitud es lo que daña el derecho a la salud, es lo que desconoce el derecho a la identidad, es lo que impide el libre desarrollo de la personalidad

VI. PROPUESTAS:

En consideración con lo expuesto y con el informe de la Comisión IDH, entendemos que el Estado peruano es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales, vida privada, igualdad ante la ley y protección judicial consagrados en los artículos 8.1, 11, 24 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 del mismo instrumento.

Coincidimos con las recomendaciones efectuadas en el informe de la Comisión IDH y destacamos especialmente que se ordene al Estado la adopción de las siguientes medidas:

- I. Capacitación obligatoria en género (que comprenda la formación en derechos del colectivo LGTBIQ) en distintas áreas del Estado y en distintos poderes.
- II. Educación en derechos del colectivo LGTBIQ en los distintos niveles de formación pública, gratuita y obligatoria
- III. Elaboración con amplia participación colectiva de programas y planes contra la discriminación que abarque los derechos del colectivo LGTBIQ
- IV. Creación de un organismo nacional con suficiente presupuesto para luchar contra la discriminación, y que otorgue participación a reconocidas

organizaciones no gubernamentales con suficiente experiencia en esta materia, entre ellas, con la activa participación del colectivo LGTBIQ. La propuesta es que este organismo actúe como centro de información y de difusión de los derechos del colectivo LGTBIQ a través de campañas publicitarias; la conformación de un mecanismo que reciba denuncias, las registre, intente conciliaciones, y recomiende acciones afirmativas; organice campañas educativas y actividades culturales; proporcione patrocinio gratuito

ESTUDIANTES SEMINARIO II DERECHOS HUMANOS - 2022:

APABLAZA, MAGALÍ BELÉN

BRANDT, SOFIA

BRAVO, CINTHIA AGUSTINA

CABRERA, DIEGO IVÁN

CAPPELARI, LUCIANO AGUSTIN

CAROLINI, MARÍA ANTONELLA

DIAZ, BRENDA GIMENA

DOMINGUEZ, ROSARIO DE LOS ÁNGELES

ECHEVERRIA, BÁRBARA JULIETA

ENCINA, MARIANA BELÉN

GARRIDO, MAIDA ISABEL

GASPAR, IVANA

GIOVACHINI, MICAELA

GUNCKEL, ALAN

GUTIERREZ, CINTHYA AILÉN

IBARRA, CAROLINA NATALI

LEMA, FERNANDO GABRIEL

LEZCANO BALACEK, AYRTON IVAN

LLARGUES, BELEN ANAHI

LUCERO, ARIANA

MONTES, ROCIO AILEN

MORA, PAULA ROCIO

OSORIO SOSA, BRENDA

PALACIOS, CAROLINA YOSELI

PARRA, MERCEDES PILA
RIVAS, AILIN AGUSTINA
RIVEROS, MAYLÉN MABEL
RODRÍGUEZ ERICES, LIDIA DEL CARMEN
ROJAS, ROMINA BELEN
SEGUEL PULCI, MAURICIO ANTONIO
VERGARA, ANTONELLA BELÉN
VERGARA, WALTER GABRIEL
WAGNER FIGUEROA, LUCAS EZEQUIEL
ZOTTELE, AGOSTINA PILAR

EQUIPO DOCENTE:

Prof. Adjunta: Ana Lelia Calafat

Ayudantes de Primera Regulares: María Cristina Díaz - Jorge Montes